Die Pfändung einer Höchstbetragshypothek.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Alfred Erwin Rinteln

Referendar.

Emil A. Krüger, Wyk a. Föhr.

Meinen Eltern!

Vorwort.

Ziel und Zweck dieser Arbeit soll es sein, einige Punkte aus dem ziemlich umfangreichen Gebiete der Höchstbetragshypothek rechtlich zu beleuchten.

Es ist dies zunächst die Frage, ob bis zur endgültigen Feststellung von Forderungen die Höchstbetragshypothek dem Grundstückseigentümer oder ob sie dem Hypothekengläubiger zusteht (Kapitel II). Dann weiter die Frage der Pfändung (Kapitel III bis IV); und zwar zunächst die Frage nach der materiellen Zulässigkeit der Pfändung und dann die Frage nach dem Pfändungsmodus. Als notwendige Ergänzung dieser spezielleren Fragen ist eingangs näher auf das Wesen der Höchstbetragshypothek eingegangen (Kapitel I).

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
I. Kapitel:	Wesen der Höchstbetragshypothek	1
II. Kapitel:	Ursprüngliche Gläubiger- oder Eigentümerhypothek? . . .	6
III. Kapitel:	Die materielle Zulässigkeit der Pfändung	10
IV. Kapitel:	Der Pfändungsmodus	23
	A. Nach erfolgter Feststellung der Forderungen	23
	B. Vor erfolgter Feststellung der Forderungen	27

Literaturverzeichnis.

Abrahamsohn, Die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB. DJZ. 03, 343.

Ahsbahs, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB. Dogm. Jahrb. 50, 373.

Beck, Die Maximalhypothek des BGB. Eine Studie aus dem Gebiete der Eigentümerhypothek. 1910.

Buhe, Die Pfändung von Eigentümergrundschulden. DJZ. 05, 1116.

Du Chesne, Die bedingte Eigentümergrundschuld des Bestellers einer Höchstbetragshypothek. Recht 05, 644.

—, Das Recht des eine Höchstbetragshypothek bestellenden Eigentümers. DJZ. 05, 803.

—, Das Grundrecht, Sächs. Arch., 15, 157.

—, Die bedingte Hypothek. Zeitschrift d. deutschen Notarvereins, 05, 397.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Bd. 1905.

Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz; ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung. Dogm. Jahrb. 54, 1.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. Aufl. 1908.

—, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. 1905.

Eccius, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen. DJZ. 04, 53.

—, Das Wesen der Verfügung des BGB. Gruchot 48, 465.

—, Abtretung künftiger Forderungen. Gruchot 53, 1.

Enneccerus, Allgemeiner Teil. 4/5. Aufl. 1909.

—, Recht der Schuldverhältnisse. 4/5. Aufl. 1910.

Endemann, Sachenrecht. 8/9. Aufl. 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts und der anderen Oberlandesgerichte.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 9. Aufl. 1912.

Fitting, Der Reichs-Zivil-Prozeß. 11. Aufl. 1903.

Freudenthal, Die Pfändung der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld. JW. 1904, 602.

Fuchs, Grundbuchrecht. 1902.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8/9. Aufl. 1908.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht. 1905.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Sachenrecht. 1912.

Grünebaum, Zur Frage betr. Verfügungen über künftige Forderungen. DJZ. 05, 801.

—, Die Verfügung über künftige Forderungen. Recht 09, 660.

Güthe, Die künftige Eigentümerhypothek. Zeitschrift des deutschen Notarvereins 06, 729.
Hellwig, Lehrb. des Zivilprozesses. 1. Bd. 1903.
v. Henle, Kritik von Güthe „Die Grundbuchordnung". Recht 06, 69.
—, Grundbuchrechtliche Streitfragen. Recht 420.
Herold, Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken. ZBl. 4, 695.
—, Die Behandlung aufschiebend bedingter Rechte im deutschen Grundbuchsystem. ZBl. 8, 345.
—, Die Eigentümergrundschuld bei der Buchhypothek und den Sicherungshypotheken. ZBl. 10, 177.
Heuer, Die Abtretung künftiger Forderungen nach dem BGB. DJZ. 03, 28.
Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek. Arch. f. bürgerliches Recht 25, 222.
Hoffmann, Die Pfändung der latenten Eigentümerhypothek, Widerspruch und Vormerkung zur Sicherung der Pfändung. ZBl. 2, 637.
Horn, Die Eigentümerhypothek; eine Studie nach deutschem Zivilrecht. Leonhard'sche Studien, Heft 19.
Jäckel, Zur Streitfrage über die Entstehung der Eigentümerhypothek in der Zwangsversteigerung. ZBl. 4, 279.
—, Zur Entstehung und Behandlung der Eigentümerhypothek bei der Verteilung des Versteigerungserlöses. ZBl. 4, 203.
Jäckel-Güthe, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB. 1906.
—, Ein Beitrag zur Lehre von der Eigentümerhypothek. ZBl. 4, 195.
Koppers, Pfändung von Eigentümergrundschulden. DJZ. 05, 731.
Lippmann, Die Möglichkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen nach jetzigem Rechte. DJZ. 03, 471.
—, Die Gründe für die Unübertragbarkeit zukünftiger Forderungen. DJZ. 04, 255.
Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken. Gruchot, 56, 265 ff. und 521 ff.
Neukamp, Handkommentar zur ZPO. 2. Aufl. 1911.
Neumann, Handausgabe des BGB. 3. Aufl. 1903.
—, Jahrb. des deutschen Rechts. 1911, 1912.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. 1904.
—, Pfändung der Eigentümerhypotheken. Recht 06, 422.
—, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. Gruchot 47, 306.
—, Die Pfändung der Eigentümerhypothek. Gruchot 50, 551.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3/4. Aufl. 1910.
Petersen-Anger, Die ZPO. für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.
Planck, Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1907.
—, Sachenrecht. 3. Aufl. 1906.
Predari, Kritik von Oberneck, „Reichsgrundbuchrecht". ZBl. 5, 508.
Protokolle der 2. Kommission.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB.
Reincke-Wienstein, Die ZPO. 6. Aufl. 1910.

Rehbein, Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeine Bestimmungen. 1903.
Schreiber, Zur Behandlung der sog. Schleusenbaukautionshypothek. Sächs. Arch. 13, 327.
Seuffert, Komm. z. ZPO. 11. Aufl. 1911.
Staudinger, Allgemeiner Teil. 7/8. Aufl. 1912.
—, Recht der Schuldverhältnisse. 5/6. Aufl. 1910.
Staudinger-Kober, Sachenrecht. 7/8. Aufl. 1912.
Stein, Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1911.
Sternberg, Die Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung. Iherings Jahrb. Bd. 62. 5/6. Heft.
Strauß, Die Abtretung künftiger Forderungen nach dem BGB. DJZ. 03, 342.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. 1910.
v. Tuhr, Verfügung über künftige Forderungen. DJZ. 04, 426.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts. 2. Aufl. 1906.
Wolff, Sachenrecht. 1/2. Aufl. 1910.

I. Kapitel.

Wesen der Höchstbetragshypothek.

Die Höchstbetragshypothek — auch Maximalhypothek, Kautionshypothek oder Ultimathypothek genannt — ist eine Hypothek, bei der nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt ist, im übrigen aber die Feststellung der Forderungen vorbehalten wird, so die Legaldefinition des Bürgerlichen Gesetzbuches § 1190 Absatz 1. Weil sie die am häufigsten vorkommende Art der Sicherungshypothek ist, wird sie im Rechtsverkehr vielfach auch schlechthin als Sicherungshypothek bezeichnet; demgegenüber muß aber betont werden, daß sie nur eine Spielart der Sicherungshypothek ist und daß es noch eine Reihe anderer Sicherungshypotheken gibt.

Außer der Höchstbetragshypothek gibt es nämlich noch folgende Sicherungshypotheken: die einfache, vertragsmäßig als solche bestellte Sicherungshypothek des § 1184 BGB.; die Hypothek zur Sicherung der Forderungsrechte gegen den Aussteller von Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 1187 BGB.); die aus dem sog. pignus nominis entspringende Hypothek des § 1287 BGB.; die Zwangs- und Arresthypotheken der Zivilprozeßordnung (§§ 866, 932 ZPO.); endlich nach dem zur Zeit noch nicht in Kraft befindlichen Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen §§ 11, 27 die auf Grund des Bauvermerkes eingetragene Hypothek der Baugläubiger (Bauhandwerker, Bauarbeiter, Baulieferanten).

Die Höchstbetragshypothek ist im Gegensatz zu der eben erwähnten vertragsmäßig als solcher bestellten Sicherungshypothek des § 1184 BGB. eine sog. „gesetzliche Sicherungshypothek", d. h. sie gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist.

Der Umstand, daß bei der Höchstbetragshypothek die Feststellung der Forderungen einer späteren Zeit vorbehalten wird, ermöglicht es dem Eigentümer, eine Hypothek zu bestellen, ohne daß bei der Bestellung eine bestimmte Forderung, die gesichert werden soll, vorhanden zu sein braucht; während bei der gewöhnlichen Hypothek die zu sichernde Forderung schon bestimmt sein muß, genügt bei der Höchstbetragshypothek eine allgemeine Bezeichnung des Rechtsgrundes der zu sichernden Forderung des Hypothekengläubigers. Die Höchstbetragshypothek eignet sich

aus diesem Grunde ganz besonders, wenn es sich handelt um die Sicherung von Forderungen, die aus einem eröffneten Kredit, einer laufenden Geschäftsverbindung, einer Vermögensverwaltung usw. entspringen können.

Die Höchstbetragshypothek ist daher eine Hypothek für eine (oder mehrere) künftige Forderungen. Wie bei der im § 1113 Absatz 2 BGB. allgemein zugelassenen Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung tritt auch hier die Belastung des Grundstücks sofort unbedingt ein; bedingt ist nur das Hypothekenrecht, d. h. die Entscheidung der Frage, wem die Hypothek zusteht, ob dem Hypothekengläubiger oder dem Grundstückseigentümer.[1]) Denn aus einer Höchstbetragshypothek kann, genau wie aus jeder anderen Sicherungshypothek, auch eine Eigentümerhypothek erwachsen, da § 1163 durch § 1185 Abs. 2 nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird, daher auch für Sicherungshypotheken gilt. Weil dem Eigentümer aber nur ausnahmsweise eine Forderung zustehen wird, z. B. wenn er die Hypothek im Interesse eines Dritten bestellt hat, also nicht der persönliche Schuldner ist, so wird diese sog. Eigentümerhypothek in der Regel als „Eigentümergrundschuld" zu bezeichnen sein.

Die rechtliche Natur dieser Eigentümergrundschuld ist ebenso zweifelhaft wie die rechtliche Natur der Eigentümergrundschulden überhaupt. Von verschiedenen Schriftstellern, namentlich von Oberneck, wird die Meinung vertreten, die Eigentümergrundschuld sei keine Belastung des Grundstücks, sondern ein bloßer Eigentumsbestandteil. Dann muß aber die Frage aufgeworfen werden: was verhindert bei dieser Auffassung das Aufrücken der Nachhypothekare, wenn ihnen an der betreffenden Stelle gar keine Belastung vorangeht? Das Eigentum selbst kann die Realgläubiger nicht zurückdrängen, sein Wesen ist vielmehr, auch hinter der letzten Belastung zurückstehen zu müssen. Oberneck sucht die Frage zu beantworten mit der von ihm vertretenen Wertparzellentheorie, die aber zu dem System der festen Stellen führen würde.[2]) Wenn nun auch das Bürgerliche Gesetzbuch wegen der vielen Fälle der Eigentümerhypothek diesem System nahe kommt, so kann seine Geltung doch nicht angenommen werden, solange es noch Ausnahmen von diesem Prinzip gibt, wie z. B. bei der Löschung.[3]) Man kann sogar sagen, gerade weil es überhaupt

---

[1]) Planck § 1190, 4a; Goldmann-Lilienthal § 81, II, 1; RG. Bd. 49, S. 165.

[2]) Wolff, Sachenrecht § 147 I 2.

[3]) RG. Band 60, Seite 254; Predari im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit, Band 5, S. 509; A. A. Güthe, Zeitschr. d. deutschen Notarvereins 1906, Seite 732.

Eigentümerhypotheken gibt, deshalb liegt das System der festen Stellen dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zu Grunde; denn sonst wäre der Rechtsbehelf der Eigentümerhypothek garnicht nötig, um das Aufrücken der Nachmänner zu verhindern. Die Auffassung Obernecks mag wirtschaftlich betrachtet richtig sein, rechtlich ist sie kaum haltbar.

Die Meinung, die Eigentümergrundschuld sei Eigentum, ist wohl hauptsächlich daraus zu erklären, daß man sich scheut, ein Recht anzuerkennen, das selbständig neben dem Eigentum stehend, dem Eigentümer Befugnisse bietet, die nunmehr nicht enthalten sind in seinem Eigentum, nicht enthalten in dem vollkommensten aller Herrschaftsrechte an einer Sache. Diese Bedenken werden von Gierke[4]) m. E. überzeugend widerlegt. Es ist zu trennen die subjektive und die objektive Seite der Eigentümergrundschuld. Subjektiv — d. h. als Berechtigung des Eigentümers — betrachtet, kann sie für den Eigentümer natürlich nicht ein Recht bedeuten, das nicht schon in seinem Eigentum enthalten wäre; objektiv aber, (und darauf kommt es ja auch hier gerade an) ist sie ein dem Eigentum gegenüber verselbstständigtes Recht, das ebenso zu behandeln ist, wie wenn es einem Dritten und nicht dem Eigentümer zusteht. Die Eigentümergrundschuld ist daher in ihrem objektiven Bestande wie eine wirkliche Belastung zu behandeln.[5])

Ein ähnliches Verhältnis wie zwischen Eigentum und Eigentümergrundschuld besteht auch zwischen dem negativen Eigentumsanspruch, d. h. dem Anspruch, Dritte von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen und dem dinglichen Berichtigungsanspruch des § 894 BGB.; auch dieser Anspruch stellt sich neben die im „Eigentum" enthaltenen Befugnisse selbständig hin.[6])

Die Frage, ob diese Belastung nun eine Grundschuld ist oder ein anderes dingliches Recht, kann nur aus ihrem Inhalte erklärt werden. Da sie sich von einer einem Dritten zustehenden Grundschuld im wesentlichen*) nur dadurch unterscheidet, daß der Eigentümer nicht selbst die Zwangsvollstreckung betreiben kann, im übrigen aber im Gesetz ein Unterschied nicht gemacht wird, so muß gesagt werden, daß sie eine wirkliche Grund-

---

[4]) Deutsches Privatrecht, Sachenrecht § 166 II.

[5]) Wie hier Staudinger-Kober § 1177 I 4; Kretzschmar Sachenrecht § 1163 Vorbem. 2; Kammergericht im Jahrbuch Band 27, 131; herrschende Meinung.

[6]) OLG. Dresden, Rechtsprechung Bd. 6, S. 403.

*) Eine andere Sonderbestimmung findet sich im § 1197 Absatz II BGB.

schuld ist.[7]) Dafür spricht auch das BGB. § 1177: die dem Eigentümer zustehende Hypothek „verwandelt sich in eine Grundschuld".

Unabhängig von der im zweiten Kapitel zu behandelnden Frage, ob die Höchstbetragshypothek zunächst dem Hypothekengläubiger, oder ob sie zunächst dem Grundstückseigentümer zustehe, ist zu bemerken, daß für den Hypothekengläubiger eine vollwirksame, durch Zwangsvollstreckung realisierbare Hypothek, für den Eigentümer eine vollwirksame Eigentümergrundschuld erst in dem Augenblick aktuell wird, wo festgestellt wird, ob und welche Forderungen entstanden sind oder genauer gesagt durch die Höchstbetragshypothek gedeckt oder nicht gedeckt sind. Insoweit Forderungen vorhanden sind, für welche die Hypothek haften muß, ist nunmehr eine einfache Gläubigerhypothek da, insoweit Forderungen nicht vorhanden sind, eine Eigentümergrundschuld. Erst die eben gesagte Feststellung schafft eine endgültige Regelung, was das Gläubigerrecht an der Höchstbetragshypothek angeht, nicht schon, wie manche anzunehmen scheinen, das bloße Entstehen von Forderungen; denn geht die Forderung durch Tilgung seitens des Eigentümers unter, so ist die Sachlage genau so, wie wenn niemals eine Forderung entstanden wäre.

Hier an dieser Stelle ist auch schon auf eine Schutzbestimmung zu Gunsten des Hypothekengläubigers einzugehen, nicht erst bei der Frage nach der ursprünglichen Gläubiger- oder ursprünglichen Eigentümerhypothek. Denn dieser Schutz ist unabhängig von der Stellung, die man bezüglich der letzteren Frage einnimmt, geht vielmehr direkt aus dem Wesen der Höchstbetragshypothek hervor. Der zum gesetzlichen Begriff der Höchstbetragshypothek gehörende Vorbehalt der Feststellung der Forderungen hat nämlich zur Folge, daß der Hypothekengläubiger, schon ehe er Forderungen hat, doch nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ein Anrecht darauf hat, die Hypothek zur Verfügung zu haben für den Fall, daß später das Entstandensein von Forderungen festgestellt wird; dieses Anrecht des Hypothekengläubigers kann durch Verfügungen des Eigentümer oder dessen Gläubiger nicht gekürzt werden.[8])

Aus der Anwartschaft des Hypothekengläubigers erwächst umgekehrt für den Eigentümer in Ansehung der Hypothek, auch schon ehe Forderungen zur Entstehung gelangt sind, eine Beschränkung, und zwar ebenfalls wieder unabhängig davon, ob man im übrigen den Hypothekengläubiger oder ob man den Grundstückseigentümer als den zunächst materiell Berech-

---

[7]) Wolff, Sachenrecht § 147 II.
[8]) RG. Bd. 51, Seite 118.

tigten der Höchstbetragshypothek ansieht. Alle seine Verfügungen sind nämlich bedingt dadurch, daß der Hypothekengläubiger nicht Forderungen erwirbt, und dadurch das Entstehen der Eigentümergrundschuld verhindert, da, wie gezeigt, der Hypothekengläubiger in allen Fällen vorangeht.[9]) Die Bedingung (daß nämlich der Hypothekengläubiger keine Forderungen erworben hat) kann erst dann als eingetreten gelten, wenn das der Hypothekenbestellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis beendigt ist und damit die Möglichkeit aufhört, daß noch Forderungen entstehen können, für welche die Hypothek haften würde.[10])

---

[9]) Goldmann-Lilienthal § 80, VI, 1a, Anmerkung 111; Hirsch, Archiv für bürgerliches Recht, Band 25, Seite 246; RG. Bd. 56, Seite 323.

[10]) RG. Band 55, Seite 221 und Band 51, Seite 118.

II. Kapitel.

Ursprüngliche Gläubiger- oder Eigentümerhypothek?

Die Frage, ob die Hypothek dem Hypothekengläubiger oder dem Grundstückseigentümer zusteht, erfährt, wie oben dargelegt, eine endgültige Regelung erst in dem Augenblick, wo die Geschäftsverbindung beendigt wird und die Feststellung erfolgt, ob und welche Forderungen im Laufe der Geschäftsverbindung entstanden (und durch die Hypothek gedeckt) sind.

Wem nun aber die Hypothek bis zu diesem maßgebenden Zeitpunkte zusteht, ist hart umstritten. Die einen nehmen den Eigentümer als den materiell Berechtigten an, die anderen den Hypothekengläubiger. Die Frage ist m. E. nicht von ganz so allgemeiner Bedeutung, wie vielfach angenommen zu werden scheint; so glaube ich namentlich, im folgenden (Kapitel III) den Nachweis erbringen zu können, daß die Frage, ob eine Pfändung schon vor diesem Zeitpunkte möglich ist, nicht von der Vorfrage abhängig gemacht werden darf, ob die Hypothek bis dahin dem Hypothekengläubiger oder ob sie dem Grundstückseigentümer zusteht. Praktisch bedeutungslos ist aber deshalb die Entscheidung der Frage nicht; so wird sie namentlich von Wichtigkeit sein bei einem Wechsel des Eigentums in der Zeit zwischen Bestellung der Höchstbetragshypothek und der Feststellung, daß gar keine oder doch nicht die ganze Hypothek ergreifende Forderungen entstanden sind. Es wird dann die Frage, ob die Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zusteht, der die Höchstbetragshypothek bestellte, oder dem, in dessen Eigentumszeit die Feststellung erfolgte, abhängig zu machen sein von der Entscheidung der eben gestellten Frage, die man auch nach dem Vorbilde von Ahsbahs[1]) bezeichnen kann als die Frage, nach der ursprünglichen Gläubiger- oder ursprünglichen Eigentümerhypothek.

Hierzu möchte ich bemerken: § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB., der auch bei Sicherungshypotheken anzuwenden ist (argumentum e contrario § 1185 Absatz 2) schreibt vor: „Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu." Unter

---

[1]) „Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB." in den dogmatischen Jahrbüchern Bd. 50, S. 373.

den Fällen, in denen die Forderung „nicht" zur Entstehung gelangt ist, sind m. E. auch die Fälle zu verstehen, wo die Forderung „noch nicht" zur Entstehung gelangt ist, d. h. die Fälle, wo eine Hypothek für eine künftige Forderung bestellt, diese Forderung aber noch nicht entstanden ist.[2]) Goldmann-Lilienthal (§ 80 Anm. 18) nehmen das Gegenteil an, indem sie ihre Ansicht auf § 1113 Absatz 2 stützen zu können glauben. Hier sei eine künftige oder bedingte Forderung als genügende Grundlage für die Bestellung einer Hypothek erklärt, es sei demnach § 1163 für diesen Fall ausgeschaltet. § 1113 Abs. 2 will aber m. E. nur besagen, daß für die Hypothekenbestellung als sachenrechtliche Belastung des Grundstücks eine künftige oder bedingte Forderung eine genügende Grundlage bilde. Er will mit anderen Worten nur ermöglichen, schon vor Entstehung der Forderung die Hypothekenbestellung zu bewirken; nicht dagegen, was Goldmann-Lilienthal herauslesen wollen, besagt er, daß nun auch dem Gläubiger mit der Bestellung schon ein materielles Gläubigerrecht zusteht; das ist erst mit Entstehung der Forderung der Fall.[3]) Diese Auffassung findet auch eine Stütze in der akzessorischen Natur der Hypothek, soweit die Hypothek als subjektives Recht des Gläubigers und nicht als objektive Belastung des Grundstücks in Betracht kommt.

Die Höchstbetragshypothek nun ist auch eine Hypothek für künftige Forderung, nur noch mit der Besonderheit, daß Gläubiger und Eigentümer nicht eine fest bestimmte Forderung im Auge haben, sondern nur deren Höchstbetrag. Es fragt sich nun, ob aus dieser Besonderheit sich für die Höchstbetragshypothek eine Ausnahme von der eben dargelegten Regel ergibt, daß eine Hypothek bis zur Entstehung der Forderung dem Eigentümer zusteht. Das ist in der Tat angenommen worden, und zwar namentlich in konstanter — allerdings jetzt aufgegebener — Rechtsprechung des Reichsgerichts;[4]) der Meinung des Reichsgerichts haben sich außerdem viele angeschlossen.[5])

---

[2]) Hirsch, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25, Seite 235.

[3]) Planck § 1163, 3c und § 1113 5; RG. Band 51, Seite 44; Kommentar der Reichsgerichtsräte § 1113, Ziffer 7.

[4]) RG. Bd. 51, Seite 115; Bd. 55, S. 222; Bd. 56, S. 322; aufgegeben in Bd. 75, S. 250.

[5]) OLG. Celle, Rechtsprechung Bd. 4, 874; Kammergericht, Rechtsprechung Band 11, Seite 210; OLG. Posen, Band 16, 330; OLG. Celle, Rechtsprechung Band 18, Seite 183; Jahrbuch der Kammergerichtsentscheidungen Band 27, S. 129 und Bd. 28, Seite 271; Dernburg, Sachenrecht § 243, V; Kretzschmar, Sachenrecht § 1190, 6a; Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, 4, S. 195.

Das Reichsgericht,[6]) auf dessen Ausführungen die meisten übrigen Anhänger dieser Meinung fußen, führte folgendes aus:

Die Voraussetzung für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld — nämlich das Nichtentstehen einer Forderung — liege hier erst dann vor, wenn bei Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses festgestellt werde, daß keine Forderungen entstanden sind. Ein Grund zu einer derartigen Annahme ist mir aus dem Gesetz nicht ersichtlich. Das Reichsgericht hat gesagt, aus dem Umstande, daß der Gläubiger ein Anrecht auf diese Feststellung hat, ergebe sich, daß ihm auch die Hypothek schon vorher zustehe. Das hieße aber, daß das Recht des Gläubigers diese Feststellung der Forderungen zu verlangen, die Forderungen selbst ersetzen würde.[7])

Auf dieser meiner Meinung nach unrichtigen Auffassung scheint auch Kretzschmar[8]) seine Ansicht aufzubauen: bei einer gewöhnlichen Hypothek bestehe eine bestimmte ziffernmäßige Forderung, bei deren Wegfall eine Eigentümergrundschuld entstehe. Eine Höchstbetragshypothek dagegen werde bestellt nicht für eine ziffernmäßige Forderung, sondern für ein Schuldverhältnis. Er folgert ganz logisch daraus, daß die Eigentümergrundschuld dann erst bei Beendigung dieses Schuldverhältnisses zur Entstehung kommt. Diese Meinung ist doch wohl kaum richtig. Die Hypothek wird nicht für ein Schuldverhältnis bestellt, sondern nur für Forderungen, mögen diese auch aus einem ganz bestimmten Schuldverhältnis entstammen.

Aus diesen rechtlichen Gründen glaube ich sagen zu müssen: bis zur Entstehung von Forderungen steht bei der Höchstbetragshypothek genau wie bei jeder anderen Hypothek das Hypothekenrecht dem Eigentümer zu.[9])

Aber auch Zweckmäßigkeits-Gründe sprechen nicht gegen dieses rechtlich gefundene Ergebnis, wenngleich dies von den Gegnern vielfach behauptet wird.

Von der Gegenseite[10]) wird nämlich geltend gemacht: Die Annahme,

---

[6]) namentlich RG. Bd. 51, S. 117.

[7]) So mit Recht Hirsch, Archiv für bürgerliches Recht Band 25, S. 237.

[8]) Sachenrecht § 1190, 6 a.

[9]) Planck § 1190, 4 a, letzter Absatz; RG. Band 75, S. 250 (unter Aufgabe seines früheren Standpunktes); Hirsch, Archiv für bürgerliches Recht Band 25, S. 235; Fuchs, Grundbuchrecht § 1190, Ziffer 11; Ahsbahs, dogmatische Jahrbücher Bd. 50, Seite 390 ff.; Kommentar der Reichsgerichtsräte § 1190, Ziffer 1; Wolff, Sachenrecht § 153, III; Endemann, Sachenrecht § 116, Anmerkung 27.

[10]) namentlich OLG. Celle, Rechtsprechung Band 4, S. 74.

daß bis zur Entstehung von Forderungen die Hypothek dem Eigentümer zustehe, führe zu unerträglichen Konsequenzen. Der Eigentümer könne dann seine doch nur vorläufigen Rechte an einen Gutgläubigen übertragen und der Hypothekengläubiger, der nachher Forderungen erwerbe, habe dann das Nachsehen. Diese Meinung übersieht aber (das nähere darüber oben, vergl. Kapitel I), daß der Hypothekengläubiger, wenn er auch noch kein gegenwärtiges Recht hat, so doch zum mindesten schon ein aufschiebend bedingtes Recht hat, und zwar aufschiebend bedingt durch das Entstehen von Forderungen.*) Wie jeder bedingt Berechtigte wird auch der Hypothekengläubiger gegen weitere, ihn beeinträchtigende Verfügungen des Eigentümers nach § 161 BGB. geschützt; in diesem wird bestimmt, daß die weiteren Verfügungen dem bedingt Berechtigten gegenüber unwirksam sind. Nach § 161 Abs. 3 ist zwar im allgemeinen von dem unter einer Bedingung Verfügungen seitens Dritter noch ein gutgläubiger Erwerb möglich, der die bedingte Berechtigung tatsächlich illusorisch machen würde; dieser gute Glaube wird jedoch in unserem speziellen Falle durch § 892 BGB. ausgeschlossen. Im Grundbuch steht der Hypothekengläubiger, ein nicht Rechtskundiger würde von einer (vorläufigen) Berechtigung des Eigentümers überhaupt nichts merken; der Rechtskundige bemerkt sie zwar, bemerkt aber zugleich, daß diese Berechtigung des Eigentümers, der Natur der Höchstbetragshypothek entsprechend, davon abhängig ist, daß der Hypothekengläubiger nicht die vorläufige Eigentümergrundschuld durch Forderungen zum Erlöschen bringt. Das Grundbuch spricht also nicht zu Gunsten eines Erwerbers, sondern zu seinen Ungunsten.[11])

Aus allen diesen rechtlichen und tatsächlichen Gründen hat wohl auch das Reichsgericht[12]) jetzt ausgesprochen, daß hinsichtlich des Zeitpunktes der Entstehung der Eigentümergrundschuld zwischen einer Höchstbetragshypothek und einer anderen Hypothek für eine künftige Forderung ein Unterschied nicht gemacht werden könne, daß also auch hier bis zur Entstehung von Forderungen die Hypothek dem Eigentümer zustehe. Betreffs anderer Hypotheken für künftige Forderungen wurde dieser Grundsatz vom Reichsgericht schon im 51. Bande Seite 43 ausgesprochen.

---

[11]) So mit Recht Hirsch Archiv für bürgerliches Recht Band 25, Seite 245.

[12]) RG Bd. 75, S. 250.

*) Endemann, Sachenrecht, § 116, Anm. 27 und 32, spricht von einem „dinglichen Wartrecht" des Hypothekengläubigers.

III. Kapitel.

Die materielle Zulässigkeit der Pfändung.

Der Eigentümer, der jemand eine Hypothek bestellt, entzieht damit dem Zugriff seiner Gläubiger oft einen nicht unerheblichen Teil seines Vermögens. Bei der gewöhnlichen Hypothek wird der Eigentümer regelmäßig die Bestellung gegen die Auszahlung von Geld bewirken, und die Gläubiger des Eigentümers werden sich als Surrogat an das ausgezahlte Geld halten können. Bei der Höchstbetragshypothek liegt das anders. Der Eigentümer bestellt sie in der Regel auf die bloße Möglichkeit hin, daß später einmal Forderungen für den Hypothekengläubiger (Geldgeber, Warenlieferanten etc.) gegen ihn entstehen können. Ganz zu schweigen von den Fällen, wo der Eigentümer in fraudem creditorum jemand eine Höchstbetragshypothek bestellt, der voraussichtlich überhaupt nie, oder doch nie in einer derartigen Höhe Forderungen gegen ihn (den Eigentümer) erwerben wird, ist bei jeder Höchstbetragshypothek die Möglichkeit groß, daß sie nicht ganz von dem Hypothekengläubiger in Anspruch genommen wird und zum übrigen Betrage eine Eigentümergrundschuld entsteht. Es ist daher nicht zu verwundern, daß diese Eigentümergrundschuld für den Zugriff pfändender Gläubiger ein begehrtes Objekt bildet.

Das Ziel der nun folgenden Ausführungen soll es sein, die Frage nach der materiellen Zulässigkeit der Pfändung zu untersuchen und zwar sowohl den eben angedeuteten Fall, daß die Pfändung durch Gläubiger des Eigentümers als auch den Fall, daß sie durch Gläubiger des Höchstbetragshypothekengläubigers bewirkt werden soll.

Wird *nach* der Feststellung der Forderungen von Gläubigern des Eigentümers oder des Hypothekengläubigers die für diese resultierende Eigentümergrundschuld oder Gläubigerhypothek gepfändet, so ist die Zulässigkeit dieser Pfändung ebensowenig zu bezweifeln, wie die Zulässigkeit der Pfändung von Hypotheken und Eigentümergrundschulden überhaupt.

Schwieriger und umstrittener gestaltet sich die Sachlage, wenn *vor* der Feststellung der Forderungen eine Pfändung vorgenommen werden soll.

Es ist zweckmäßiger, die Fälle getrennt zu behandeln, in denen auf der einen Seite eine Pfändung durch Gläubiger des Hypothekengläubigers,

auf der anderen Seite eine Pfändung durch Gläubiger des Grundstückseigentümers vorgenommen werden soll; doch geschieht diese Trennung der beiden Fälle, nur um den Beweisstoff zu vereinfachen.

A. Ich beginne mit der Erörterung der Frage, ob eine Pfändung durch Gläubiger des Grundstückseigentümers wirksam erfolgen kann, da sich mit ihr Judikatur und Literatur öfter befaßt haben.

Unmöglich ist es, das zwischen Grundstückseigentümer und Hypothekengläubiger bestehende Kreditverhältnis in der Weise zu unterbinden, daß in Höhe des nicht durch Forderungen in Anspruch genommenen Teiles der Hypothek sofort eine Eigentümergrundschuld in der Weise aktuell wird, daß die später entstehenden Forderungen des Hypothekengläubigers nicht mehr durch die Hypothek gedeckt werden; das ergibt sich aus dem Wesen und gesetzlichen Begriffe der Höchstbetragshypothek.

Nehmen wir nun als wohl regelmäßig vorkommend folgende Form des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an: „Zu Gunsten des X. wird derjenige Betrag, der dem Kasseler Kreditverein bestellten Höchstbetragshypothek von 50 000 Mk., dem keine Forderungen des Kreditvereins entsprechen, gepfändet und dem X. überwiesen", so könnte man allerdings dazu kommen, die Pfändung für unzulässig zu erklären, wie es das Oberlandesgericht Königsberg (als Berufungsgericht) und das Reichsgericht (als Revisionsgericht)[1]) bei einem inhaltlich mit vorstehendem übereinstimmenden Pfändungs- und Überweisungsbeschluß mit folgender Begründung getan haben:

Die Pfändung ist unwirksam, wenn sie die dem Eigentümer zur Zeit der Pfändung bereits zustehende oder gerade durch die Pfändung zur Existenz zu bringende Eigentümergrundschuld hätte treffen sollen. Diesen Zweck und Inhalt hätte aber die Pfändung gehabt. Die bloße, übrigens nicht aufgestellte Behauptung, es sei beabsichtigt worden, nicht die bereits bestehende, sondern im voraus die sich bei der künftigen Abrechnung ergebende Eigentümergrundschuld zu pfänden, könne keine Beachtung finden. Noch weniger könne in der Pfändung einer noch nicht bestehenden Eigentümergrundschuld als ein minus zugleich die Pfändung einer künftig erst entstehenden Eigentümergrundschuld gefunden werden; denn es handele sich nicht um ein minus, sondern um ein aliud. Es lasse sich nicht annehmen, daß der pfändende Gläubiger sich das eventuelle Recht des Eigentümers auf die nach Abwickelung des Geschäftsverhält-

[1]) beide in Gruchot Bd. 48, S. 607.

nisses zur Entstehung gelangende Eigentümergrundschuld hätte sichern wollen; seine Pfändung sei vielmehr dahin gegangen, diese Eigentümergrundschuld durch einen Eingriff in das Vertragsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Hypothekengläubiger mit der Pfändung selbst zur Entstehung zu bringen. Eine derartige Pfändung sei aber nach der Natur der Höchstbetragshypothek ausgeschlossen. Unter diesen Umständen brauche nicht darauf eingegangen zu werden, ob eine Pfändung der künftig sich nach endgültiger Abrechnung ergebenden Eigentümergrundschuld zulässig sei.

Daß eine Eigentümergrundschuld durch die Pfändung nicht sofort in der Weise aktuell werden kann, daß die später etwa noch entstehenden Forderungen des Hypothekengläubigers nicht mehr durch die Hypothek gedeckt würden, ist auch schon oben gesagt worden; wenn aber das Oberlandesgericht Königsberg und das Reichsgericht unter allen Umständen eine (Quasi-) *) Konversion in dem Sinne ablehnen, daß die Pfändung noch nicht einmal wenigstens auf die künftig bei Feststellung der Forderungen sich ergebende Eigentümergrundschuld gerichtet gelten soll, so glaube ich dieser Auffassung entgegentreten zu sollen.

Der pfändende Gläubiger wird wohl nur in den seltensten Fällen — nämlich nur bei besonderer Rechtskenntnis — wissen, daß er eine Pfändung der gegenwärtigen Eigentümergrundschuld rechtsgültig nicht bewirken kann, sondern seine Pfändung auf die künftige Eigentümergrundschuld richten muß. Das Vollstreckungsgericht aber hat nicht die Pflicht, ihn hierauf aufmerksam zu machen, sondern wird wohl meist den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß dem Antrage des pfändenden Gläubigers gemäß erlassen; es hat auch kaum einen Grund, den Antrag zurückzuweisen, da ja das Kreditverhältnis beendet und dann schon eine gegenwärtige Eigentümergrundschuld vorhanden sein kann, an deren Pfändbarkeit nach dem eingangs dieses Kapitels Gesagten nicht zu zweifeln wäre.

Wohl jeder Gläubiger würde aber, vom Vollstreckungsrichter darauf aufmerksam gemacht, seinen Antrag dahin abändern, daß wenigstens die künftige Eigentümergrundschuld gepfändet werden soll; und deshalb will mir der Standpunkt des Oberlandesgerichts Königsberg und des seiner Meinung beigetretenen Reichsgerichts doch zu formalistisch erscheinen. Man

*) Ich bezeichne dies absichtlich nur als Quasi-Konversion; denn von Konversion im eigentlichen Sinne (BGB. § 140) sollte man nur bei Rechtsgeschäften sprechen. Die Pfändung stellt aber nach wohl fast unbestrittener Ansicht kein Rechtsgeschäft dar.

würde dann nämlich die Wirksamkeit der Pfändung davon abhängig machen, ob der pfändende Gläubiger die richtigen Worte gebraucht hat oder nicht; es wäre das m. E. fast ein Rückfall in den glücklicherweise überwundenen formalistischen Geist alter Rechte. Es ist auch nur dem Worte, nicht dem Sinne nach richtig, wenn ausgeführt wird, die Pfändung der künftigen Eigentümergrundschuld bedeute gegenüber der Pfändung der gegenwärtigen Eigentümergrundschuld ein aliud und nicht ein minus. Dem Sinne nach bedeutet es doch wohl insofern ein minus, als der pfändende Gläubiger sich hier mit demselben Rechte zwar, aber unter einer Bedingung zufrieden gibt.

Meiner Meinung nach also sind die meisten derartigen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse gegebenenfalls in dem Sinne umzudeuten, daß wenigstens die bei Beendigung der Geschäftsverbindung sich etwa ergebende Eigentümergrundschuld gepfändet sein soll; und weil diese Umdeutung stattzufinden hat, so ist es auch m. E. rechtlich unerheblich, ob in dem Momente der Pfändung selbst gerade ein Teil der Hypothek oder die ganze Hypothek nicht durch Forderungen des Hypothekengläubigers ausgefüllt wird. Es kommt eben nur darauf an, daß bei der endgültigen Abrechnung für den Eigentümer ein Saldo da ist, der zur Eigentümergrundschuld wird. Ob im Augenblicke der Pfändung gerade ein solcher Saldo vorhanden ist, sollte m. E. auch aus dem Grunde bedeutungslos sein, da ja dieser Saldo durch das Entstehen neuer Forderungen unmittelbar darauf in nichts zerfließen kann, und umgekehrt, selbst wenn augenblicklich gar kein Saldo des Eigentümers vorhanden ist, durch Tilgung der Forderungen unmittelbar darauf ein solcher entstehen könnte, und dieses bis zur endgiltigen Feststellung der Forderungen in einer ad infinitum gehenden Wiederholung.

Um das Vorhergehende nochmals in kurzen Worten zusammenzufassen, ist also der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß meist nicht zu engherzig dahin auszulegen, daß eventuell die künftige Eigentümergrundschuld gepfändet werden soll, und kommt es nicht darauf an, ob zur Zeit der Pfändung gerade ein Saldo zugunsten des Eigentümers vorhanden ist oder nicht.

Es ist nunmehr zu untersuchen, ob diese künftige Eigentümergrundschuld ein pfändbarer Vermögensgegenstand des Vollstreckungsschuldners ist; zu diesem Zwecke ist auf die Natur dieses Rechtes näher einzugehen.

Es scheint vielfach angenommen zu werden, daß hierbei die Auffassung von prinzipieller Bedeutung sei, ob bis zur Feststellung der Forderungen die Hypothek dem Grundstückseigentümer oder ob sie dem

Hypothekengläubiger zustehe, d. h. ob man die Theorie der ursprünglichen Eigentümer- oder der ursprünglichen Gläubigerhypothek vertritt, (das Nähere über diese Frage oben, vgl. Kapitel II). Denn daraus folge, daß es sich in dem ersten Falle um die Pfändung einer gegenwärtigen, im zweiten Falle um die Pfändung einer künftigen Eigentümergrundschuld handele, und es folge daraus weiter, daß in dem ersten Falle die Pfändbarkeit wie bei jedem gegenwärtigen Rechte feststehe, daß hingegen im zweiten Falle die Frage nach der Zulässigkeit der Pfändung davon abhängig zu machen ist, welche Meinung man von der Pfändbarkeit künftiger Rechte im allgemeinen hat.

Wenngleich ich in der Literatur dafür keinen direkten Anhalt gefunden habe, möchte ich trotzdem die Ansicht vertreten, daß diese Folgerungen zu Unrecht gezogen werden.

Vielmehr ist m. E. die Pfändbarkeit auch dann gegeben, wenn man annimmt, daß bis zur Entstehung von Forderungen die Hypothek dem Gläubiger zusteht.

Es ist nämlich m. E. ungenau, in diesem Falle das Recht des Eigentümers auf Erwerb der Eigentümergrundschuld bei Beendigung der Geschäftsverbindung als ein „bloßes künftiges" Recht anzusehen, sofern man darunter solche Rechte versteht, die nicht einmal befristet oder bedingt existieren, also keine Rechte sind. Ein solches „bloßes künftiges" Recht ist z. B. ein Recht aus einem noch nicht abgeschlossenen Mietvertrag;[2]) die Unterscheidung ergibt sich auch aus der Gegenüberstellung von bedingten und künftigen Rechten, wie dies im Bürgerlichen Gesetzbuch vielfach geschehen ist, z. B. in den §§ 765 Absatz II; 883 Absatz I Satz 2; 1113 Absatz II; 1204 Absatz II; 1209.

Auch bei Annahme der ursprünglichen Gläubigerhypothek handelt es sich für den Eigentümer doch schon um ein wenigstens bedingtes Recht. Denn wenn man bis zur Feststellung von Forderungen den Eigentümer für den Berechtigten der Hypothek ansieht, so ist das, dem Wesen der Höchstbetragshypothek entsprechend, nur eine auflösend bedingte Berechtigung,[3]) die bei Eintritt der auflösenden Bedingung — der Feststellung des Entstandenseins von Forderungen — wegfällt; dem entspricht auf der anderen Seite die durch diese Feststellung aufschiebend bedingte Berechtigung des Hypothekengläubigers. Umgekehrt, wenn man den Gläubiger auch schon vor der Feststellung für den Berechtigten hält, so ist doch diese

---

[2]) So Windscheid-Kipp Band I, § 225, Note 6.
[3]) Kommentar der Reichsgerichtsräte § 1190, Ziffer 1.

Berechtigung ebenso nur eine auflösend bedingte Berechtigung, die bei Eintritt der auflösenden Bedingung — der Feststellung, daß Forderungen überhaupt nicht zur Entstehung gelangt oder doch schon wieder erloschen sind — wegfällt; dem muß dann aber auch die durch diese Feststellung aufschiebend bedingte Berechtigung des Eigentümers entsprechen. Wenn also die auf dem Standpunkte der ursprünglichen Gläubigerhypothek Stehenden das Recht des Eigentümers auf Erwerb der Eigentümergrundschuld als ein bloßes künftiges Recht ansehen, so übersehen sie m. E. dabei die Kehrseite, nämlich den Umstand, daß dieser künftigen Eigentümergrundschuld doch schon ein bedingtes Element innewohnt.

Auf dem hier dargelegten Standpunkt stehen wohl auch eine Anzahl von Schriftstellern und Entscheidungen,[4]) wenngleich sie dies nicht deutlich aussprechen. So namentlich das Reichsgericht (RG. 51, 116) und das Oberlandesgericht Jena (Rechtsprechung Bd. 3, 198), die beide auf dem Standpunkte der ursprünglichen Gläubigerhypothek stehen, trotzdem aber von einem schon bedingten Rechte des Eigentümers auf künftigen Erwerb der Eigentümergrundschuld sprechen. Besonders das Oberlandesgericht Jena betont, daß es sich nicht um eine bloße Hoffnung auf künftigen Erwerb handelt, sondern um ein, wenn auch nur bedingtes, Recht des Eigentümers. Ahsbahs[5]) freilich meint, von einem bedingten Rechte könne nur dann gesprochen werden, wenn die Bestellung der Hypothek zugleich die causa efficiens der Eigentümergrundschuld wäre, hier aber entstände die Eigentümergrundschuld kraft eines Rechtssatzes. Dem darf entgegengehalten werden, daß es dann überhaupt wohl keine bedingten Rechte gäbe; denn alle Rechte verdanken ihre Wirkung nur dem Parteiwillen in Verbindung mit einem Satze des positiven Rechtes, nicht dem ersteren allein.

Es ist deshalb m. E. eine ungenaue Ausdrucksweise, zu sagen, bei Annahme der ursprünglichen Eigentümerhypothek sei das Recht des Eigentümers auf Erwerb der Eigentümergrundschuld ein gegenwärtiges, bei ursprünglicher Gläubigerhypothek ein künftiges. Gewiß ist es im ersten Fall gegenwärtig, aber es ist auflösend bedingt, (darüber herrscht auch meines Wissens Einigkeit); worauf ich hier hingewiesen haben wollte, ist nur, daß in dem umgekehrten Falle — bei ursprünglicher Gläubigerhypothek — das Recht des Gläubigers, doch auch nur ein auflösend

---

[4]) Z. B. RG. Band 51, S. 115; OLG. Jena, Rechtsprechung Bd. 3, S. 198; Sydow-Busch, § 851, 1 am Ende.

[5]) Dogmatische Jahrbücher Band 50, S. 386.

bedingtes sein kann und daß diesem auflösend bedingten Recht des Gläubigers doch ein aufschiebend bedingtes Recht des Eigentümers entsprechen muß.

Der Eigentümer hat demnach auch bei ursprünglicher Gläubigerhypothek schon ein bedingtes, nämlich ein aufschiebend bedingtes, Recht auf Erwerb der Eigentümergrundschuld. Nun sind aber bedingte Rechte — und zwar ohne Unterschied, ob sie auflösend oder aufschiebend bedingt sind — der Zwangsvollstreckung unterworfen; denn § 844 ZPO., der von einer anderweitigen Art der Verwertung bei betagten und bedingten Rechten redet, wäre unverständlich, wenn nicht die Zulässigkeit der Pfändung solcher Rechte feststünde. Dann ist aber hinsichtlich der Frage der Pfändbarkeit die Unterscheidung überflüssig, ob die Hypothek bis zur Entstehung von Forderungen dem Grundstückseigentümer, oder ob sie dem Hypothekengläubiger zusteht.

B. Die Pfändung der Eigentümergrundschuld (A) konnte rein sachenrechtlich behandelt werden, da dieselbe ein rein sachenrechtliches Gebilde ohne schuldrechtliche Grundlage ist. Bei der Hypothek liegt das anders. Sie ist regelmäßig ohne eine zugrunde liegende Forderung überhaupt undenkbar. Davon, daß bei einem Nachmann des ersteingetragenen Hypothekengläubigers der gute Glaube an das Bestehen der Forderung diese selbst ersetzen kann, muß im Falle der Höchstbetragshypothek schon deshalb abgesehen werden, weil diese stets Sicherungshypothek ist und bei Sicherungshypotheken auch beim gutgläubigen Zessionar des ersteingetragenen Hypothekengläubigers der gute Glaube in Bezug auf die Forderung nichts nützt. Ist so schon bei der einfachen Hypothek die Verquickung des sachenrechtlichen Elementes (der Hypothek) mit dem schuldrechtlichen Element (der Forderung) eine nur von Ausnahmen durchbrochene Regel, so ist sie bei der Sicherungshypothek eine Regel von absoluter Geltung. Infolgedessen hat sich hier auch die Pfändung stets in erster Linie auf die Forderung zu richten.

Ob man die Pfändung der (noch künftigen) Forderung für zulässig hält, hängt von der Stellung ab, die man gegenüber der Pfändbarkeit künftiger Forderungsrechte überhaupt hat. Die Frage nach der Pfändbarkeit ist bei künftigen Forderungen ebenso bestritten wie die Frage nach der Übertragbarkeit. Die beiden Fragen können aber m. E. ungetrennt behandelt werden;[6]) denn die Pfändung (und Überweisung) ist auch nur

[6]) OLG. Dresden, Rechtsprechung Band 6, Seite 403; OLG. München,

eine — wenn auch zwangsweise durchgeführte — Art der Übertragung. Aus der Verschiedenheit des wirtschaftlichen Zweckes der Abtretung und der Pfändung allein darf auf eine Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung nicht geschlossen werden. Außerdem ist die Pfändbarkeit und Übertragbarkeit insofern im Gesetz gleich behandelt, als unübertragbare Forderungen zugleich unpfändbar und umgekehrt unpfändbare Forderungen unübertragbar sind (§ 400 BGB. und § 851 Abs. I ZPO.) Aus dieser nach der negativen Seite hin gleichartigen Behandlung ist m. E. auch auf eine nach der positiven Seite hin gleichartige Behandlung zu schließen.[7])

Im nun folgenden soll daher untersucht werden, ob künftige Forderungen abgetreten werden können, da sich daraus dann die Pfändbarkeit nach dem eben Gesagten von selbst ergäbe. Es handelt sich dabei um die Frage: ist das Gesetz extensiv dahin zu interpretieren, daß unter der im § 398 BGB. zugelassenen Abtretung von Forderungen auch die Abtretung künftiger Forderungen mitverstanden sein soll?

Für die extensive Interpretation sprechen verschiedene Gründe. Im gemeinen Recht war die Zulässigkeit der Übertragung künftiger Forderungen ziemlich unbestritten; dies stellt das Reichsgericht[8]) gelegentlich ausdrücklich fest. Das kann auch den gesetzgebenden Faktoren bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht unbekannt gewesen sein; deshalb hätte es wohl einer besonderen Vorschrift bedurft, um diesen gemeinrechtlichen Satz aufzuheben.[9])

Aber auch die logische Interpretation dürfte dahin führen, die für gegenwärtige Forderungen zugelassene Abtretung auch auf die künftigen Forderungen auszudehnen.

Wenn Eccius[10]) meint, unter „Gläubiger" im Sinne von § 398 BGB. sei nur der verstanden, der in einem bestehenden Obligationsverhältnis Gläubiger ist, nicht derjenige, der es in Zukunft erst werden will, so ist das eine petitio principii. Meiner Ansicht nach sprechen außer dem starken Bedürfnis, von dem weiter unten bei Besprechung der Gegenansichten noch die Rede sein wird, auch noch andere, rechtliche Gründe für die Zulässigkeit. Auf dem Gebiete des Schuldrechts herrscht Ver-

---

Blätter für Rechtsanwendung, Band 74, Seite 524; Seuffert § 829, 1a; v. Tuhr DJZ. 1904, Seite 431; Heuer DJZ. 1903, Seite 29.

[7]) OLG. München, Blätter für Rechtsanwendung, Band 74, S. 524.

[8]) Band 55, Seite 334.

[9]) Heuer DJZ. 1903, Seite 28.

[10]) Gruchot, Band 53, Seite 2.

tragsfreiheit, sodaß an und für sich der Abtretung künftiger Forderungen nichts im Wege steht. Außerdem läßt das Gesetz in zahlreichen Fällen die Übertragung künftiger Forderungen in verschiedenem Sinne ausdrücklich zu: so kann ein Gesellschafter seinen Anspruch auf das, was ihm bei der künftigen Auseinandersetzung zukommt, übertragen (§ 717 Satz 2 i. V. mit § 725 Abs. II BGB.); so wird in den §§ 573/74 BGB. die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Mietsforderungen aus bestehendem Vertrage beschränkt, damit aber doch gleichzeitig die Zulässigkeit an sich anerkannt; so wird namentlich in den §§ 765 Abs. II, 1113 Abs. II, 1204 Abs. II BGB. die Bestellung einer Bürgschaft, Hypothek oder eines Pfandrechts auch für eine künftige Forderung für zulässig erklärt und damit zum Ausdruck gebracht, daß das Gesetz auch künftige Forderungen als Gegenstand des Rechtsverkehrs ansieht.

Daß die Zulassung der Übertragung künftiger Forderungen zu ungewollten Konsequenzen führe, ist wohl nur in Ausnahmefällen richtig. Die nötige Beschränkung ergibt sich m. E. aus dem natürlichen Grunde, daß für eine sehr unwahrscheinliche künftige Forderung sich so leicht kein Käufer finden wird. Ferner stehen gegen Überspannungen des Prinzips auch rechtliche Mittel zu Gebote.

Zunächst muß nämlich jedes Schuldverhältnis nach allgemeinen Grundsätzen, wenn auch nicht bestimmt, so doch bestimmbar sein; in diesem Sinne hat auch das Reichsgericht nachträglich[11]) seine frühere Meinung[12]) eingeschränkt. Ferner wird ein Vertrag, durch den man sämtliche künftige Forderungen, ohne sie zu individualisieren, abtritt, meist eine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit darstellen und deshalb nach § 138 BGB. nichtig sein; und außerdem wird er gegen den § 310 BGB. verstoßen. Der letztere Paragraph spricht zwar nur von der Unzulässigkeit des Verpflichtungsgeschäfts, dasselbe hat aber umsomehr auch für das Verfügungsgeschäft zu gelten;[13]) in dem letzteren Paragraphen ist ferner zwar nur der Verkauf des Vermögensganzen oder doch eines Bruchteils desselben für nichtig erklärt; man darf aber wohl sagen, daß unter dem Begriff „Bruchteil" nicht nur ein rechnerisch zu findender Teil des Vermögens zu verstehen ist, sondern daß auch die Fälle getroffen werden sollen, wo der Verfügende auf den Erwerb eines völlig unbestimmten tatsächlichen Teiles seines Vermögens verzichtet. Aus allen diesen Gründen

---

[11]) Band 67, Seite 168.
[12]) Band 55, S. 334; Band 58, S. 72.
[13]) RG. Band 67, Seite 168.

glaube ich, mich der herrschenden Meinung anschließen zu können und die Übertragbarkeit künftiger Forderungen für zulässig halten zu dürfen.[14])

Es fehlt zwar nicht an Gegnern;[15]) ich glaube aber, daß die von diesen vorgebrachten Gründe nicht gerechtfertigt sind. Ein Hauptgrund, den Eccius für seine gegenteilige Ansicht ins Feld führt[16]) ist folgender: Die Übertragung einer Forderung sei eine Verfügung. Eine Verfügung sei aber begrifflich nur möglich über Gegenstände, die schon existieren. Diese Ansicht ist aber wohl nur insoweit richtig, als sie Sachen (nicht Forderungen) betrifft. Bei einer Sache ist zwar das Vorhandensein der Sache notwendige Voraussetzung der Verfügung über dieselbe, da ja hier die Verfügung außer in einer Willensübereinstimmung noch in einem körperlich zu vollziehenden Akt, der Übergabe besteht.[17]) Während eine obligatorische Verpflichtung zu dieser späteren Verfügung schon vorher zulässig ist, scheitert eine Verfügung an der, man kann fast sagen technischen, Unmöglichkeit der Ausführung. Diese Unmöglichkeit nun ist bei Forderungen aus dem Grunde nicht vorhanden, da hier, genau wie die ganze Existenz der Forderung selbst, auch der Übertragungsakt ein reiner Vorgang in der Gedankenwelt ist; eine gegenwärtige Forderung existiert in der sinnlich wahrnehmbaren Welt genau so wenig wie eine künftige. Deshalb kann m. E. dieser Grund nicht zu einer verschiedenartigen Behandlung der gegenwärtigen und der künftigen Forderungen führen.[18])

Vor einer so starken Betonung der logischen Unmöglichkeit, über künftige Rechte zu verfügen, ist auch aus dem Grunde zu warnen, weil ja doch eine gesetzliche Bestimmung bestehen oder eingeführt werden könnte, die trotzdem das angeblich Unmögliche tatsächlich möglich macht.

---

[14]) Für Zulässigkeit: RG. Band 55, S. 334; 58, 72; 67, 166; Staudinger § 398 1a d. Abs. 1 und 2; Planck § 398, 4e; OLG. Hamburg, Rechtsprechung 4 S. 213; Kammergericht, Jahrbuch 30 Seite 243; Dernburg § 136 II namentlich Anm. 7; Enneccerus § 302, Anm. 12; v. Tuhr DJZ. 1904, S. 426; Grünebaum DJZ. 1905, Seite 801 und im „Recht" 1909, Seite 660; OLG. München, Blätter für Rechtsanwendung Band 74, Seite 524; Lippmann DJZ. 1904, Seite 255; Danz Dogmatische Jahrbücher 54, S. 76; Rehbein zu §§ 398—412 II 7, S. 382; Abrahamsohn DJZ. 1903, S. 343; Heuer DJZ. 03, S. 28; Oertmann § 399, 1 g. S. und herrschende Meinung.

[15]) Namentlich Eccius (in DJZ. 1904, Seite 54; Gruchot, Band 48, Seite 465 und Band 53, Seite 1); Seuffert § 829 1a; Kipp zu Windscheid § 335, Z. 1, letzter Absatz; Straus DJZ. 1903, Seite 342.

[16]) DJZ. 1904, S. 54; Gruchot 48, S. 466/67.

[17]) RG. Band 67, Seite 167.

Auch die sonst noch von Eccius vorgebrachten Gründe haben mich nicht von der Unrichtigkeit meiner Ansicht überzeugen können. So wird gesagt,[19]) wenn der Gläubiger schon vor Abschluß des Vertrages seine Rechte abtreten könnte, so würde dadurch der Schuldner insofern um seine Rechte gekürzt, als er dann nicht mehr bei dem Vertragsschlusse mit dem Gläubiger die Abtretbarkeit ausschließen könnte. Darauf kann man erwidern — was Eccius übrigens an anderer Stelle (DJZ. 1904, S. 55) in sich selbst widersprechender Weise selber sagt — daß die Abmachung zwischen Gläubiger und Zessionar die Rechte des Schuldners als eines Dritten nicht verkürzen kann. Die Wirksamkeit der vorherigen Abtretung ist eben in allen Fällen bedingt durch das Entstehen bezw. durch die Art des Entstehens der Forderung.[20])

Eccius wirft ferner die Frage auf,[21]) wem die Forderung zusteht, wenn sie vor ihrer Entstehung mehrere Male abgetreten werde. Meiner Meinung nach ohne Zweifel dem ersten Zessionar; die Folgenden haben von einem in Ansehung der künftigen Forderung nicht (mehr) Berechtigten einen Erwerb gemacht, der aber auch bei Gutgläubigkeit nicht geschützt wird. Denn der Schutz des guten Glaubens ist kein Grundprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern besteht nur da, wo er positiv angeordnet ist; eine solche Bestimmung ist aber für Forderungen nicht vorhanden, und es gibt deshalb hier keinen gutgläubigen Erwerb.

Eccius wirft ferner die Frage auf:[22]) Wenn statt des geplanten Vertrages ein anderer geschlossen wird, wie steht dann der Zessionar? Man darf wohl sagen, wenn es sich um denselben Vertrag, nur in anderem Gewande, handelt, so liegt dolus vor; der Zessionar hat einen Ersatzanspruch nach § 826 BGB. gegen den Gläubiger. Ist es aber ein ganz anderer Vertrag, so fällt eben der Zessionar mit seinem Rechte aus, da, wie oben gesagt, sein Recht ja nur ein bedingtes Recht ist.[23])

Um „dem Gerede von dem Verkehrsbedürfnis" entgegenzutreten, schlägt Eccius[24]) folgenden Weg vor: Es könne ja bei der gesetzlichen Formlosigkeit der Zession vereinbart werden zwischen Gläubiger und Zessionar, daß in der nach Vertragsschluß erfolgenden Auszahlung von Geld

---

[18]) RG. Band 67, S. 167.
[19]) Eccius, Gruchot, Band 53, Seite 5.
[20]) RG. Band 67, Seite 167; Grünebaum „Recht" 1909, S. 663.
[21]) DJZ. 1904, Seite 56 unter Ziffer 1.
[22]) DJZ. 1904, S. 56 unter Ziffer 2.
[23]) Lippmann DJZ. 1904, S. 257.
[24]) DJZ. 1904, S. 56, letzter Absatz.

die Abtretung der — dann gegenwärtigen — Rechte gegen den Schuldner liegen soll. Man darf wohl behaupten, das sieht der Abtretung einer künftigen Forderung sehr ähnlich;[25]) gleichzeitig muß aber die Frage aufgeworfen werden, wie hilft Eccius in dem Falle, wenn das Geld vor dem Vertragsschluß hingegeben wird? Dazu kann sehr wohl ein Bedürfnis vorliegen; ein Bauunternehmer muß z. B., ehe er den Auftrag erhält, Kaution leisten, damit ev. von dem hinterlegten Gelde der Bau vollendet werden kann.[26])

Auch der andere von Eccius vorgeschlagene Behelf scheint mir den Interessen der Parteien nicht gerecht zu werden: es könne ja von dem Gläubiger mit dem Schuldner vereinbart werden, daß der Schuldner an den Dritten zu zahlen habe; der Gläubiger wird aber in vielen Fällen ein Interesse daran haben, gegenüber dem Schuldner — als dem Besteller — nicht merken zu lassen, daß er von einem Geldmann abhängig ist. Auch das weitere von Eccius gegebene Beispiel[27]) führt die Gegner nicht ad absurdum: ein Verschwender hat seine Rechte aus einem noch zu schließenden Vertrage schenkungsweise abgetreten; der Verschwender wird entmündigt und der Vertrag darauf von dem Vormund geschlossen. Eccius meint, dann käme die Entmündigung in Ansehung der Atbretung zu spät. Meiner Meinung nach nicht; es handelt sich in dem vom Vormund geschlossenen Vertrage doch um einen anderen, als denjenigen Vertrag, den der Verschwender und der Zessionar im Auge hatten.[28])

Ich glaube deshalb die Meinung aufrecht erhalten zu können, daß künftige Rechte abtretbar und damit auch pfändbar sind.

Hinsichtlich der Pfändung des rein sachenrechtlichen Bestandteils (der Hypothek) können m. E. die oben für die Pfändung der Eigentümergrundschuld dargelegten Grundsätze in analoger Weise auch auf den Fall angewendet werden, daß die Pfändung durch Gläubiger des Hypothekengläubigers erfolgt. Auch in diesem zweiten Falle nämlich kann m. E. ein pfändender Gläubiger vor Beendigung des Kreditverhältnisses nicht in der Weise in dasselbe eingreifen, daß nunmehr in Höhe der bestehenden Forderungen eine voll wirksame Gläubigerhypothek entstünde, und es dem Eigentümer unmöglich wäre, durch Zahlung an den Hypothekengläubiger die Forderungen und damit die für sie haftende Hypothek

---

[25]) Lippmann DJZ. 1904, 258.

[26]) Weitere Beispiele bei Grünebaum, „Recht" 1909, Seite 660/61.

[27]) Gruchot Band 53, Seite 4.

[28]) Grünebaum „Recht" 1909, S. 663.

zum Erlöschen zu bringen. Es kann sich vielmehr auch hier nur um die Pfändung der künftig bei Feststellung der Forderungen sich ergebenden Gläubigerhypothek handeln und ist auch hier ein etwa auf Unterbindung der Geschäftsverbindung gerichteter Pfändungs- und Überweisungsbeschluß meist in der oben besprochenen Weise dahin auszulegen, daß wenigstens die künftige Gläubigerhypothek als gepfändet angesehen werden soll. Ferner ist auch hier bei der Frage, ob die Pfändung dieses künftigen Rechtes materiell zulässig ist oder nicht, die Unterscheidung überflüssig, ob der Hypothekengläubiger oder der Grundstückseigentümer bis zur Feststellung der Forderungen als Berechtigte der Hypothek angesehen werden; denn in dem ersteren Falle handelt es sich schon vorher um ein gegenwärtiges Recht des Hypothekengläubigers, in dem zweiten Falle um ein zwar künftiges, aber doch schon aufschiebend bedingtes Recht, sodaß an der Zulässigkeit der Pfändung in beiden Fällen nicht gezweifelt werden darf. Aus diesem Grunde möchte ich auch die Pfändung durch Gläubiger des Hypothekengläubigers vor der Feststellung der Forderungen für materiell zulässig halten.

IV. Kapitel.

Der Pfändungsmodus.

A. Nach Feststellung der Forderungen.

Soll nach Feststellung der Forderungen eine Pfändung vorgenommen werden, so richtet sich diese Pfändung gegen nunmehr endgültige Rechte des Eigentümers bezw. Hypothekengläubigers. Diese Rechte unterscheiden sich in nichts mehr von ganz gewöhnlichen Hypotheken und Eigentümergrundschulden. Die Form der Pfändung ist daher auch dieselbe wie bei einfachen Hypotheken und Eigentümergrundschulden.

Hinsichtlich der Pfändung der Gläubigerhypothek durch dessen Gläubiger findet also die Vorschrift des § 830 ZPO. Anwendung, wonach außer dem Pfändungsbeschluß noch Übergabe des Hypothekenbriefs oder Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich ist. Da die Höchstbetragshypothek aber unter allen Umständen Sicherungshypothek ist, und bei diesem die Erteilung eines Hypothekenbriefes stets ausgeschlossen ist, so kommt nur die Eintragung in das Grundbuch in Frage. Da der Hypothekengläubiger in der Regel noch von der Zeit der Bestellung der Höchstbetragshypothek her eingetragen sein wird, so stehen der Eintragung auch weiter keine Hindernisse entgegen.

Schwieriger gestaltet sich der Fall, daß durch Gläubiger des Grundstückseigentümers die für diesen resultierende Eigentümergrundschuld gepfändet wird. Denn es fehlt an einer Spezialbestimmung über den Pfändungsmodus bei Eigentümergrundschulden; eine solche war im Entwurf der Zivilprozeßnovelle von 1898 [1]) vorgesehen, wurde aber nicht Gesetz. Infolgedessen herrscht über diesen Punkt lebhafter Streit. Er dreht sich im wesentlichen darum, ob die Pfändung durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder durch Eintragung in das Grundbuch (oder Übergabe des Hypothekenbriefes) zu bewirken ist.

Viele (z. B. Oberneck) glauben die Entscheidung davon abhängig machen zu müssen, welche Auffassung man von der rechtlichen Natur der Eigentümergrundschuld habe, ob sie Eigentum oder ob sie eine wahre Grundschuld sei. Damit würde man aber den Wert derjenigen Begriffe überschätzen, welche, vom Gesetz selbst nicht gegeben, erst durch die Wissenschaft geschaffen sind. Ihre Richtigkeit steht nicht fest, sie muß vielmehr

[1]) erster Entwurf eines EG. BGB. Artikel 11.

erst noch bewiesen werden. Statt diese vom Gesetz offen gelassene Frage aprioristisch zu bejahen und daraus Deduktionen abzuleiten, tun wir daher besser, die einzelnen hier in Frage kommenden Bestimmungen sachlich zu prüfen. Nur diese Prüfung kann ergeben, ob Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder Eintragung in das Grundbuch zur Vollziehung der Pfändung nötig ist.

Von Verschiedenen[2]) wird ganz allgemein die Pfändung von Hypotheken mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer als bewirkt angesehen. Sie berufen sich auf § 830 Abs. 2 ZPO.: wenn der Pfändungsbeschluß dem Eigentümer zugestellt werde, bevor die Eintragung der Pfändung im Grundbuch erfolge, so sei ihm gegenüber die Pfändung schon mit der Zustellung als bewirkt anzusehen. Der Eintragung messen sie Bedeutung bei nur im Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und gutgläubigen Dritten. Absatz 2 hat aber keine so weitgehende selbständige Bedeutung; er gilt vielmehr auch gegenüber dem Eigentümer nur, wenn die Eintragung nachfolgt, und will dann die Wirkung auf den Zeitpunkt der Zustellung zurückdatieren.[3])

Daß zur Pfändung von Eigentümergrundschulden im Speziellen die Zustellung des Pfändungsbeschlusses genüge, wird von Vielen[4]) deshalb angenommen, weil sie für die Pfändung die Absätze 1 und 2 des § 857 ZPO. als maßgebende Vorschrift ansehen; von ihnen wird dann die Eintragung nur als Berichtigung des Grundbuchs aufgefaßt. § 857 Absatz 1 ZPO. bestimmt nämlich, daß die für die Pfändung von Forderungen geltenden Bestimmungen Anwendung auch finden sollen, wenn es sich handelt um „andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand

---

[2]) Namentlich Koppers DJZ. 1905, Seite 731; OLG. Dresden, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Band 6, Seite 342; auch noch Oberneck im Reichsgrundbuchrecht Band 1, § 142, 8.

[3]) RG. Band 76, Seite 233; Buhe DJZ. 1905, Seite 1116; Gaupp-Stein § 830, IV, Abs. 2; Kammergericht, Rechtsprechung Bd. 14, Seite 178; OLG. Hamburg, Rechtsprechung Band 14, Seite 211; jetzt auch Oberneck in Gruchots Beiträgen Band 50, S. 569 (unter Aufgabe seines früheren Standpunktes in Reichsgrundbuchrecht Band 1 § 142, 8).

[4]) vor allem Oberneck in Gruchots Beiträgen Band 47, Seite 339 und Band 50, Seite 551 und im Reichsgrundbuchrecht § 115, 3; Gaupp-Stein § 857, II, 6; Struckmann-Koch § 857, 1g; Petersen-Anger § 830, 1 und § 857, 3 am Ende, und § 857, 5e; Reincke-Wienstein § 857; Neukamp § 830, 2d; Freudenthal in der Juristischen Wochenschrift 1904, Seite 602; OLG. Celle Rechtsprechung Band 4, Seite 74; OLG. Colmar, Rechtsprechung Band 7, Seite 316e (anscheinend unter Aufgabe seines früheren Standpunktes in Rechtsprechung Bd. 6, S. 134).

der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind." Solche Gegenstände der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind aber nach § 864 ZPO. außer den Grundstücken und Schiffen nur diejenigen Berechtigungen, für welche die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften gelten; dazu gehört die Eigentümergrundschuld nicht, sodaß dieselbe also auch unter die „anderen Vermögensrechte" fällt. Es dürfte auch ferner kaum zu bezweifeln sein, daß dem Absatz 2 insofern hier entsprochen ist, als bei Eigentümergrundschulden kein Drittschuldner vorhanden ist. Es soll aber trotzdem im folgenden zu beweisen versucht werden, daß daraus doch noch nicht hervorgeht, daß zur Pfändung die Zustellung des Pfändungsbeschlusses genügt. Für Grundschulden wird nämlich im Absatz VI des § 857 ZPO. die analoge Anwendung der für die Pfändung von Hypotheken bestehenden Bestimmungen (also nach § 830: Eintragung) vorgeschrieben.

Daß im Absatz 6 unter dem Worte „Grundschuld" die Eigentümergrundschuld nicht mit zu verstehen ist, kann m. E. nicht angenommen werden. Der Entwurf hatte, wie oben erwähnt, eine ausdrückliche Bestimmung für die Eigentümergrundschuld vorgesehen, von der man aber Abstand genommen hat, und zwar, wie ich glaube, aus folgenden Gründen: Das Bürgerliche Gesetzbuch will durch § 1177 zum Ausdruck bringen, daß da, wo im Gesetz von Grundschuld die Rede ist, auch die Eigentümergrundschuld mit gemeint sein solle. Diese Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches ist m. E. unbedingt auch für diejenigen Vorschriften der Zivilprozeßordnung maßgebend, die, wie der Absatz 6 des § 857 erst gelegentlich der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu dem Zwecke geschaffen sind, die Zivilprozeßordnung in Einklang mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu bringen.[5])

So muß also dem Wortlaut nach die Eigentümergrundschuld nach Absatz 6 gepfändet werden; es bestände aber die Möglichkeit, — und darauf wollen die Gegner vielfach hinaus — daß der Wortlaut dann eben hier zu weit gefaßt ist, daß vielmehr Absatz 6 einschränkend dahin zu interpretieren ist, daß die Eigentümergrundschuld nicht mit darunter fallen sollte.

Zunächst soll darauf eingegangen werden, daß durch Absatz 2 die Anwendung des Absatz 6 nicht ausgeschlossen werden kann. Absatz 2 schreibt vor, daß bei Fehlen eines Drittschuldners die Pfändung als be-

---

[5]) RG. Band 55, Seite 379; Mayer in Gruchots Beiträgen Band 56, Seite 273/74.

wirkt anzusehen ist mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses. Zutreffend führt das Oberlandesgericht Dresden[6]) hierzu aus: Der Mangel eines Drittschuldners hat nur zur Folge, daß anstelle der sonst vorgeschriebenen Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 829 Absatz 3 ZPO.) nunmehr einfach die Zustellung an den Vollstreckungsschuldner tritt. § 857 Absatz 2 ist aber, wenn es sich um einen Fall des Absatz VI handelt, nicht dahin zu verstehen, daß die Zustellung des Verfügungsverbotes an den Eigentümer schlechthin genüge, und es einer weiteren Maßnahme wie der Eintragung nicht mehr bedürfte. Daß dies nicht die Auffassung des Gesetzes ist, läßt gerade die Hinzufügung des von der Novelle geschaffenen Absatz 6 erkennen, der ganz unverständlich wäre, wenn die Pfändung der Eigentümergrundschuld bereits mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer als abgeschlossen hätte angesehen werden sollen. Die Zustellung an den Eigentümer erfüllt vielmehr rechtlich ganz die nämlichen Aufgaben wie bei der Pfändung einer gewöhnlichen Hypothek die Zustellung an den Drittschuldner. Der Absatz 2 des § 857 hat eben — genau wie das vorhin für den Absatz 2 des § 830 dargelegt worden ist — im Falle der Pfändung einer Eigentümergrundschuld keine selbständige Bedeutung, sondern besagt nur, daß bei nachfolgender Eintragung die Wirkung im Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer zurückdatiert werden soll.

Gaupp-Stein ferner macht gegen die Subsumierung der Eigentümergrundschulden unter Absatz VI geltend, daß es sich dort (bei Fremdgrundschulden) um ein eingetragenes Recht handele, bei der Eigentümergrundschuld dagegen nicht. Dieses Argument ist aber insofern nicht stichhaltig, als die Eigentümergrundschuld, wenn die Eintragung des Eigentümers als des Grundschuldberechtigten auch meist keine Bedingung für ihre Entstehung bildet, doch in allen Fällen eingetragen werden kann. Nach der Ansicht von Gaupp-Stein müßte die nicht eingetragene Eigentümergrundschuld durch Zustellung, die eingetragene — in ihrem Wesen aber sonst vollkommen gleichartige — Eigentümergrundschuld durch Eintragung der Pfändung in das Grundbuch gepfändet werden; das wäre aber eine Unterscheidung, wie sie auch von Gaupp-Stein wohl kaum gewollt wäre.[7])

Man darf aber wohl sagen: die allgemeine Tendenz, die dahin geht, gerade durch die obligatorische Eintragung den Rechtsverkehr mög-

---

[6]) Rechtsprechung Band 6, Seite 402.
[7]) OLG. Colmar Rechtsprechung Band 6, Seite 134.

lichst wenig auf gutgläubigen Erwerb anzuweisen, sondern sofort endgültige Rechtsverhältnisse zu schaffen, spricht auch hier für die Eintragung, und es entspricht nur dem an anderer Stelle (s. S. 16 u.) schon erwähnten Prinzip, daß rechtsgeschäftliche Übertragung und Pfändung gleichartig zu behandeln sind, wenn hier die nach § 873 BGB. für die Übertragung geltenden Formvorschriften auch auf die Pfändung angewandt werden.[8])

Als Argument für die Eintragung kann auch noch herangezogen werden, daß bei der sogenannten forderungsbekleideten Eigentümerhypothek die allgemeine Ansicht dahin geht, daß die Pfändung durch Eintragung zu erfolgen habe. Das sachenrechtliche Element, um das es sich bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld als solcher handelt, ist aber genau das gleiche, ob dem Eigentümer eine Forderung zusteht oder nicht.

Aus allen diesen Gründen haben sich auch die meisten Ansichten für Eintragung ausgesprochen.[9])

Um dem Erfordernis des § 40 Grundbuchordnung zu entsprechen, wonach eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist, muß gegebenenfalls der die Vollstreckung betreibende Gläubiger vorher den Anspruch des Eigentümers gegen den Hypothekengläubiger auf Berichtigung des Grundbuchs (BGB. § 894) pfänden und sich überweisen lassen.

B. Vor Feststellung der Forderung.

Auch hier sollen die beiden Fälle getrennt behandelt werden, daß die Pfändung einmal durch Gläubiger des Eigentümers, ein andermal durch Gläubiger des Hypothekengläubigers vollzogen werden soll. Wie das auch schon oben bei Prüfung der Frage nach der materiellen Zulässigkeit der Pfändung geschah, beginne ich mit dem Fall der Pfändung durch Gläubiger des Grundstückseigentümers; und zwar geschieht das eben-

---

[8]) RG. Band 55, Seite 379; Oberstes Landesgericht München in den Blättern für Rechtsanwendung Band 70, Seite 609; OLG. Dresden, Rechtsprechung Band 6, Seite 403.

[9]) So RG. Band 55, Seite 379; Band 56, Seite 13; Band 56, Seite 185; Band 59, Seite 313; Band 61, Seite 374; Planck Sachenrecht § 1177, 5; OLG. Dresden, Rechtsprechung Band 6, Seite 403; Kretzschmar Sachenrecht § 1190, 6e; Staudinger § 1163, 4; Sydow-Busch 857, Ziffer 11; Seuffert Zivilprozeßordnung § 857, 5b; herrschende Meinung.

falls wieder aus dem Grunde, weil sich mit diesem Falle Judikatur und Literatur öfter befaßt haben.

Es ist also nach dem unter A Gesagten Eintragung erforderlich. Eine andere Frage ist es allerdings, ob diese erforderte Form der Eintragung in einem solchen Falle nicht auf besondere Hindernisse stößt; davon soll nunmehr die Rede sein.

Es ergeben sich nämlich hier zwei Schwierigkeiten. Einmal soll nach § 40 der Grundbuchordnung eine Eintragung nur erfolgen, wenn der von der Eintragung Betroffene als Berechtigter eingetragen ist; und weiter entsteht eine Schwierigkeit, aus dem Umstande, daß das zu pfändende Recht noch kein endgültiges ist. Beide Schwierigkeiten haben viele dazu geführt, die an und für sich für zulässig erklärte Pfändung tatsächlich illusorisch zu machen. Es wäre aber wenig befriedigend, die Ausübung einer anerkannten Befugnis an formellen Schwierigkeiten scheitern zu lassen. Die Besorgnis vor einem derartigen Ergebnis hat wohl auch viele veranlaßt, für die Pfändung von Eigentümergrundschulden ganz allgemein die Form der Zustellung als genügend anzusehen. Wenn ich aus eben (vgl. Kapitel IV A) dargelegten Gründen trotzdem mich für die Eintragung erklärt habe, so glaube ich, daß nun aber jeder Weg versucht werden muß, um trotzdem das Recht auch praktisch durchzuführen.

Zur Zeit der Pfändung läuft hier die Geschäftsverbindung noch, und ist der Hypothekengläubiger noch als Berechtigter der Hypothek eingetragen; es ist deshalb unmöglich, selbst bei der Annahme, daß bis zur Entstehung von Forderungen der Eigentümer der materiell Berechtigte der Hypothek ist, daß der Eigentümer schon als Inhaber der Eigentümergrundschuld eingetragen ist. Denn neben dem Vermerke des Gläubigerrechtes des Hypothekengläubigers ist für ein Gläubigerrecht des Eigentümers im Grundbuch kein Raum.[10])

Der Schwierigkeit aus § 40 der Grundbuchordnung will ich aber versuchen, auf zwei Wegen zu begegnen.

Erstens ist § 40, wie gesagt, nur eine Sollvorschrift, die wohl nicht anerkannte Rechte zunichte machen kann. Sind materielles Recht und prozessuale Sollvorschrift nicht zu vereinen, so muß m. E. die letztere weichen.

---

[10]) RG. Band 75, Seite 250; Band 56, Seite 14; Band 61, Seite 376; Band 72, Seite 275; und in der Juristischen Wochenschrift 1912, Seite 297, Nr. 17; Herold im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Band 10, Seite 192; anderer Ansicht Mayer in Gruchots Beiträgen Bd. 56, Seite 529.

In dem zweiten Punkte kann ich mich der Meinung einer großen Zahl von Schriftstellern und namentlich Oberster Gerichte anschließen.[11])

Die hier zu vertretende Meinung will dartun, daß dem § 40 der Grundbuchordnung, wenn auch nicht dem strengen Wortlaut, so doch dem Sinne nach Genüge getan ist: jede Hypothek hat vermöge ihres Inhalts von vornherein die Bestimmung, Eigentümerhypothek zu werden, deshalb steht hinter dem eingetragenen Gläubiger der Eigentümer als zweiter Berechtigter; ohne seine Zustimmung kann daher nach § 27 Grundbuchordnung die Hypothek auch nicht gelöscht werden. Die Eintragung einer Hypothek ist als Eintragung eines Rechtes mit zwei Berechtigten, einem gegenwärtigen (dem Gläubiger) und einem künftigen (dem Eigentümer) zu verstehen. Der gegenwärtige wird in der Eintragung angegeben, in Ansehung des künftigen Berechtigten verweist die Eintragung auf die Eintragung des Eigentümers, durch die sie insoweit ergänzt wird. Deshalb bedarf es der besonderen Eintragung des Eigentümers als Gläubigers der Eigentümergrundschuld gemäß § 40 Grundbuchordnung nicht.[12])

Gegen diese Auffassung wird geltend gemacht:[13]) die zweite Kommission (vgl. Protokolle Bd. 3 S. 607) habe (scheinbar mit Beziehung auf eine solche Meinung) die Ansicht geäußert, daß dies „nur bei einer zum mindesten sehr zweifelhaften theoretischen Auffassung der Eigentümerhypothek" haltbar wäre. Dieser Gegenansicht möchte ich keine große Beweiskraft beilegen: denn erstens wird diese Meinung der Kommission nur vermutungsweise auf unsere Ansicht bezogen, und zweitens würde selbst die deutliche Gegnerschaft der Kommission kein durchaus stichhaltiges

---

[11]) Kammergericht, namentlich Jahrbuch Bd. 20, S. 190; ferner Bd. 20, S. 282; Bd. 21, S. 159; Bd. 22, S. 171; Bd. 23, S. 156; Bd. 25, S. 166; Bd. 25, S. 303; Bd. 28, S. 135; Bd. 33, S. 285; OLG. Jena, Rechtsprechung Bd. 3, S. 198; OLG. Dresden, Rechtsprechung Bd. 6, S. 272; OLG. Rostock im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 5, S. 225, Nr. 203; OLG. München im Recht 1905, S. 432, Nr. 1753; Oberstes Landesgericht München in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70, S. 610; Obernecк in Gruchots Beiträgen Bd. 47, Seite 313 und Bd. 50, S. 578; Turnau-Förster Liegenschaftsrecht 3. Auflage 1906, Bd. 2, § 40, I, 10; Hirsch Archiv für bürgerliches Recht Band 25, Seite 246; anderer Ansicht v. Henle im Recht 1906, S. 69; Planck § 1177, 4; Staudinger Sachenrecht § 1163, II, 3b, 8aa; OLG. Colmar in der Deutschen Juristenzeitung 1902, S. 221; Gaupp-Stein § 857, II, 6.

[12]) So treffend Oberstes Landesgericht München in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70, S. 610.

[13]) Planck § 1179, Ziffer 1; RG. Band 72, Seite 276.

Argument sein; denn im Gesetz hat diese Ansicht keinen Ausdruck gefunden.

Die zweite Schwierigkeit wird darin gefunden, daß es sich hier um ein noch nicht endgültiges Recht handelt. Das Kammergericht[14]) verneint die Eintragungsfähigkeit, da das Recht des Eigentümers auf Erwerb der Eigentümergrundschuld kein dingliches, sondern ein persönliches Recht sei. Es besteht aber hier gar kein Anspruch gegen den Hypothekengläubiger auf Übertragung der Hypothek, auch nicht als eine obligatio ex lege, sondern die Hypothek geht kraft Gesetzes auf den Eigentümer über. Daraus erhellt wohl, daß es sich hier um ein dingliches Recht handelt.[15])

Trotzdem spricht sich das Reichsgericht in seinem Urteil vom 18. Oktober 1905[16]) gegen die Eintragung aus; es hat aber hier m. E. zu Unrecht einem bestehenden Rechtsinstitut das Grundbuch verschlossen. Die Gründe, mit denen es seine Ansicht rechtfertigt, kann ich nicht als überzeugend anerkennen. Mit Recht weist zwar das Reichsgericht darauf hin, daß der Zweck des Grundbuchs — die Sicherheit der Rechtsverhältnisse zu gewährleisten — nur im Wege einer gewissen Selbstbeschränkung erreicht werden könne. Diese Selbstbeschränkung darf aber m. E. nicht so weit gehen, berechtigten Anträgen das Grundbuch zu verschließen; daß gerade dieser Antrag nicht berechtigt sei, wird auch vom Reichsgericht nicht behauptet. Denn wenn das Reichsgericht (Bd. 61 S. 378) sagt, „Berechtigter" im Sinne von § 40 Grundbuchordnung sei nur ein endgiltig Berechtigter, so ist das eine petitio principii. Das Reichsgericht begründet seine Ansicht nur mit praktischen Bedenken, die m. E. noch nicht einmal gerechtfertigt sind: es könne dann auch nicht verhindert werden, (Bd. 61 S. 381), daß der pfändende Gläubiger, der doch ebenso wie der Eigentümer selbst erst ein noch bedingtes Recht in der Hand habe, dieses Recht weiter übertrage und dadurch das Grundbuch mit einer ganzen Reihe weiterer, bedingt wirksamer Eintragungen angefüllt werde. Der Pfandgläubiger würde aber wohl kaum allzuviele Liebhaber für dieses zweifelhafte Recht finden.

---

[14]) Jahrbuch Bd. 30, S. 243.

[15]) du Chesne in der DJZ. 1905, S. 803; OLG. Hamburg, Rechtsprechung Band 15, S. 11.

[16]) RG. Bd. 61, S. 374; unter Berufung hierauf derselben Ansicht Oberstes Landesgericht München in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 71, S. 478 (unter Aufgabe seines früheren Standpunktes in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70, S. 607); Kammergericht, Jahrbuch Bd. 26, S. 147.

Weiter führt das Reichsgericht[17]) aus, wenn der jetzige Eigentümer seine künftige Eigentümergrundschuld schon jetzt übertrage, oder sie ihm jetzt schon gepfändet werde und dann ein späterer Erwerber des Grundstückes die Eigentümergrundschuld aus dem Grunde erwerbe, weil er die angelaufenen Forderungen tilge, so werde dieser spätere Eigentümer geschädigt; es trete dann eine Doppelbelastung ein, indem sowohl der Zessionar oder Pfandgläubiger des ersten, als auch der zweite Eigentümer Berechtigte der Eigentümergrundschuld seien. Hier wird aber wohl übersehen, daß das Recht des Zessionars bzw. pfändenden Gläubigers doch nur ein bedingtes ist; es ist bedingt durch die Verwirklichung der Eigentümergrundschuld in der Person des ersten Eigentümers. Erwirbt der zweite Eigentümer die Eigentümergrundschuld, so ist für den ersten Eigentümer und seine Nachmnäner die Bedingung nicht eingetreten, unter der sie die Eigentümergrundschuld erwerben sollten.

Wenn das Reichsgericht annimmt, Veränderungen bezüglich der künftigen Eigentümergrundschuld könnten ebensowenig eingetragen werden, als Veränderungen hinsichtlich des Rechtes eines Nacherben, so zieht es dabei einen Fall zum Vergleiche heran, der mit dem hier vorliegenden nicht ganz übereinstimmt; der Eintrag des Nacherben erfolgt nur, um ihn gegen gutgläubigen Erwerb Dritter zu schützen, nicht um ihn zu legitimieren.[18])

Ob die vom Reichsgericht hochgehaltene Übersichtlichkeit des Grundbuchs wirklich so sehr gestört würde durch einen Eintrag wie den folgenden: „Die Hypothek des Kreditvereins unter Nr. 3 ist für X. wegen einer Forderung von 50 000 Mk. gepfändet für den Fall, daß die Hypothek dem Eigentümer Y. zusteht?" Ich glaube es kaum.

Von Hoffmann[19]) wird die Eintragung überhaupt als für den Einzutragenden bedeutungslos bezeichnet. Der Eigentümer sei trotz der betreffenden Eintragung der Übertragung bzw. Pfändung nicht gehindert, die Löschung der Eigentümergrundschuld herbeizuführen. Denn wenn er dem Grundbuchamt Quittung, Löschungsbewilligung und Löschungsantrag in einem Akte vorlege, so sei dieses gar nicht berechtigt, erst zu untersuchen, ob die zu löschende Post nicht doch, wenn auch nur für einen Augenblick, bereits zu einer Eigentümergrundschuld geworden und nunmehr vermöge der damit in Kraft tretenden Pfändung der Verfügung des Eigen-

---

[17]) Bd. 61, S. 381.
[18]) Guthe, Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906, S. 751.
[19]) Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 2, S. 640.

tümers wieder entzogen sei. Einer solchen Untersuchung bedarf es aber gar nicht; in dem Augenblick, wo der Hypothekengläubiger dem Eigentümer die Löschungsbewilligung aushändigt, ist klargestellt, daß der Eigentümer gemäß § 1163 Abs. I Inhaber der Post ist. Reicht er also dem Grundbuchamt diese Löschungsbewilligung ein, so ist ja offenbar, daß er (Inhaber der Post ist und) wegen der Beschränkung durch die schon vorher erfolgte Eintragung der Pfändung nicht mehr verfügen darf, ohne die nach § 876 BGB. notwendige Zustimmung des Dritten.

Ich möchte deshalb die Meinung vertreten, daß die Eintragung der Pfändung möglich ist.

Soll die Pfändung durch Gläubiger des Hypothekengläubigers vollzogen werden, so ist in analoger Weise folgendes zu bemerken: Auch in diesem Falle handelt es sich hinsichtlich der Frage des Pfändungsmodus nicht um vollwirksame Gläubigerhypotheken oder um bedingte Gläubigerhypotheken, sondern einfach um Hypotheken, so daß auch hier Eintragung erforderlich ist, genau wie bei Pfändung nach der Feststellung der Forderungen. Anders wie bei dem zuerst behandelten Falle der Pfändung der Eigentümergrundschuld vor der Feststellung der Forderungen erwächst hier keine Schwierigkeit aus § 40 der Grundbuchordnung, da der zu pfändende Hypothekengläubiger ja von der Bestellung her im Grundbuch eingetragen ist. Es bleibt hier also nur, wie bei Pfändung der Eigentümergrundschuld, die Schwierigkeit, daß es sich um ein noch nicht endgiltiges Recht handelt. Ich glaube aber, daß aus diesem Gesichtspunkte hier ebensowenig die Unmöglichkeit der Eintragung begründet werden darf wie bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld vor Feststellung der Forderungen.

Es ist also auch bei Pfändung der Eigentümergrundschuld sowohl wie der Gläubigerhypothek vor Feststellung der Forderungen die Eintragung nicht nur nötig, sondern auch vor allen Dingen möglich.